

Mål C-764/23**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

12 december 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

1 december 2023

Klagande:

Cairo Network Srl

Motparter:

Ministero delle Imprese e del Made in Italy

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Saken i det nationella målet

Överklagande av två domar varigenom Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Lazio ogillade Cairo Network Srl:s talan om ogiltigförklaring av lagstiftningsakter om den nationella planen för frekvensallokering för digital markbunden tv och av andra beslut om fastställandet av särdragen hos denna tjänst.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande har framställts med stöd av artikel 267 FEUF och avser tolkningen av artiklarna 6 och 19 FEU, artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallat stadgan), artiklarna 3, 5, 7 och 14 i direktiv 2002/20/EG, artiklarna 3, 4, 8 och 9 i direktiv 2002/21/EG, artiklarna 2 och 4 i direktiv 2002/77/EG, artiklarna 5, 6, 8, 9, 31 och 45 i direktiv (EU) 2018/1972 och avslutningsvis skälen 11 och 20 i beslut (EU) 2017/899.

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1) Ska unionsrätten, särskilt artiklarna 6 och 19.1 andra stycket FEU, tolkade mot bakgrund av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 4.1 första stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) samt artikel 31 i direktiv (EU) 2018/1972, tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning som den som är relevant i den italienska rättsordningen (artikel 1.1037 i lag nr 205/2017), som i en situation som regleras av unionsrätten begränsar verkningarna av en talan om ogiltigförklaring genom att utesluta gottgörelse eller fullgörande in natura och inskränker det rättsliga skyddet till förskottsbetalning, vilket äventyrar ett effektivt rättsligt skydd?

2) Ska unionsrätten, särskilt artiklarna 3.3, 3.3a, 8 och 9 i direktiv 2002/21/EG (det så kallade ramdirektivet), i dess lydelse enligt direktiv 2009/140/EG, samt artiklarna 5, 6, 8, 9 och 45 i direktiv (EU) 2018/1972, tolkas så, att den utgör hinder för ett system – som det som har införts i Republiken Italien genom artikel 1.1031-bis i 2018 års finanslag, i dess lydelse enligt artikel 1.1105 i 2019 års finanslag – som fråntar den oberoende administrativa myndigheten dess utrymme för skönmässig bedömning i samband med myndighetsutövande eller under alla omständigheter väsentligt begränsar det genom att fastställa att ytterligare sändningskapacitet ska tilldelas den operatör som lämnar det högsta anbudet inom ramen för ett förfarande för tilldelning mot vederlag i vilket redan befintliga operatörer på marknaden deltar?

3) Ska unionsrätten, särskilt artiklarna 8 och 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), artiklarna 3, 5, 7 och 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv), artiklarna 2 och 4 i kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, skälen 11 och 20 i beslut (EU) 2017/899 samt principerna om rimlighet, förbud mot diskriminering, fri konkurrens och skydd för berättigade förväntningar, tolkas så, att den utgör hinder för ett system – som det som har införts i relevant nationell lagstiftning (artikel 1.1030, 1.1031, 1.1031-bis, 1.1031-ter och 1.1032 i lag nr 205/2017), beslut nr 39/19/CONS, nr 128/19/CONS och nr 564/2020/CONS från AGCOM (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tillsynsmyndigheten för kommunikationer) samt de motsvarande besluten om tilldelning av nyttjanderätter till frekvenser för digital tv – som i syfte att omvandla ”nyttjanderätter till frekvenser” till ”nyttjanderätter till sändningskapacitet” inte fastställer en omvandling till motsvarande kapacitet, utan reserverar en del av kapaciteten till ett förfarande för tilldelning mot vederlag och medför ytterligare kostnader för en operatör för att denne ska få bibehålla de rättigheter som denne lagligen har förvärvat över tid?

4) Utgör unionsrätten, särskilt artiklarna 8 och 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), artiklarna 3, 5, 7 och 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv), artiklarna 2 och 4 i kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, skälen 11 och 20 i beslut (EU) 2017/899 samt principerna om rimlighet, förbud mot diskriminering, fri konkurrens, skydd för berättigade förväntningar, proportionalitet och lämplighet, hinder för [ett system] – som det som har införts i relevant nationell lagstiftning (artikel 1.1030, 1.1031, 1.1031-bis, 1.1031-ter och 1.1032 i lag nr 205/2017), AGCOM:s beslut nr 39/19/CONS, nr 128/19/CONS och nr 564/2020/CONS samt de motsvarande besluten om tilldelning av nyttjanderätter till frekvenser för digital tv – som inte vidtar åtgärder av strukturell karaktär för att råda bot på den skillnad i behandling som tidigare har uppstått bland annat på grund av oegentligheter vilka redan har konstaterats i nationell och överstatlig rättspraxis, och som inte ger en operatör särställning för det fall denne har förvärvat en frekvens genom ett förfarande för tilldelning mot vederlag och räknar med rätten att få behålla denna frekvens, eller är tvärtom de åtgärder AGCOM vidtagit lämpliga och proportionerliga icke-strukturella åtgärder med avseende på redan befintliga operatörer, vilka ursprungligen var innehavare av de så kallade överflödiga näten?

5) Utgör unionsrätten, särskilt artiklarna 8 och 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), artiklarna 3, 5, 7 och 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv), artiklarna 2 och 4 i kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, skälen 11 och 20 i beslut (EU) 2017/899 samt principerna om rimlighet, förbud mot diskriminering, fri konkurrens, skydd för berättigade förväntningar, proportionalitet och lämplighet, hinder för [ett system] – som det som har införts i relevant nationell lagstiftning (artikel 1.1030, 1.1031, 1.1031-bis, 1.1031-ter och 1.1032 i lag nr 205/2017), AGCOM:s beslut nr 39/19/CONS, nr 128/19/CONS och nr 564/2020/CONS samt de motsvarande besluten om tilldelning av nyttjanderätter till frekvenser för digital tv – som inte beaktar en operatörs berättigade förväntningar när denne har förvärvat nyttjanderätten till en frekvens genom ett förfarande för tilldelning mot vederlag i samband med vilket det uttryckligen fastställdes att operatören skulle ges rätten till en frekvens med motsvarande täckning och under en lika lång period som för den förvärvade nyttjanderätten?

Anförda unionsbestämmelser och anförd praxis från EU-domstolen

Artiklarna 6 och 19.1 andra stycket FEU.

Artikel 47 i stadgan.

Artiklarna 3, 5, 7 och 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv).

Artiklarna 3.3, 3.3a, 4.1 första meningen, 8 och 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv), i dess lydelse enligt direktiv 2009/140/EG.

Artiklarna 2 och 4 i kommissionens direktiv 2002/77/EG av den 16 september 2002 om konkurrens på marknaderna för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

Artiklarna 5, 6, 8, 9, 31 och 45 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/1972 av den 11 december 2018 om inrättande av en europeisk kodex för elektronisk kommunikation (omarbetning).

Skälen 11 och 20 i Europaparlamentets och rådets beslut (EU) 2017/899 av den 17 maj 2017 om användningen av frekvensbandet 470–790 MHz i unionen.

Bland de många anförda avgörandena från EU-domstolen är följande domar av särskild betydelse för att bättre förstå bakgrunden till förevarande mål: domen av den 31 januari 2008, C-380/05, Centro Europa 7, domen av den 26 juli 2017, C-560/15, Europa Way och Persidera, och domen av den 26 juli 2017, C-112/16, Persidera.

Anförda nationella bestämmelser

Artikel 2058 i codice civile (civillagen): ”Den skadelidande kan ansöka om gottgörelse in natura, såvida detta helt eller delvis är möjligt. Domstolen kan dock besluta att skadeersättning endast ska utgöras av en ekonomisk ersättning som motsvarar den lidna skadan, för det fall gottgörelsen in natura blir orimligt kostsam för gäldenären.”

Artikel 30 i decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo) (lagdekret nr 104 av den 2 juli 2010, förvaltningsprocesslagen): ”1. Talan om skadeersättning kan väckas samtidigt med en annan talan eller – endast i fall som omfattas av exklusiv behörighet och i de fall som framgår av denna artikel – även separat. 2. Det kan yrkas att det ska betalas ersättning för omotiverad skada till följd av att administrativa uppgifter utförs rättsstridigt eller att lagstadgade uppgifter inte utförs. I fall som omfattas av exklusiv behörighet kan det även yrkas ersättning för liden skada på grund av kränkning av subjektiva

rättigheter. När kraven i artikel 2058 i codice civile är uppfyllda kan det även yrkas skadeersättning i form av gottgörelse in natura. ...”

Dessa två artiklar är relevanta för den första frågan, eftersom de fastställer de allmänna regler som Cairo Network anser ska tillämpas på bolagets situation.

Nedan följer några punkter i artikel 1 i legge del 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018) (lag nr 205 av den 27 december 2017, 2018 års finanslag), i dess lydelse enligt lag nr 145 av den 30 december 2018, som utgör huvudföremålet för tolkningsfrågorna:

Punkt 1030: ”Senast den 31 maj 2018 ska Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (tillsynsmyndigheten för kommunikationer) (nedan kallad AGCOM) anta den nationella planen för frekvensallokering för digital markbunden tv, benämnd PNAF. Detta ska ske med beaktande av de mest avancerade koderna eller standarderna för att garantera den mest effektiva spektrumanvändningen och genom att använda kriteriet för tekniska områden för den lokala planeringen. Senast den 31 januari 2019 ska AGCOM uppdatera planen för frekvensallokering i föregående mening. För att radioelektriskt närliggande länder inte ska utsättas för störning ska planen, med avseende på varje enskilt koordineringsområde som definieras i de internationella avtal som ministeriet för ekonomisk utveckling har ingått med grannländernas myndigheter för genomförande av beslut (EU) 2017/899 av den 17 maj 2017, nämnt i punkt 1026, uteslutande omfatta de frekvenser vilka enligt dessa avtal har tilldelats Italien. ...”

Punkt 1031: ”I linje med målen för unionens och den nationella och audiovisuella politiken om social sammanhållning, mediepluralism och kulturell mångfald och i syfte att garantera den mest effektiva spektrumförvaltning som kan uppnås genom att använda de mest avancerade teknikerna ska alla nationellt och lokalt tilldelade frekvenser för digital markbunden tv i VHF-III-bandet och frekvensbandet 470–694 MHz frigöras i överensstämmelse med tidsplanen i punkt 1032. I samma syfte som i första meningen ska nyttjanderätter till frekvenser som nationella nätoperatörer innehar det datum då denna lag träder i kraft omvandlas till nyttjanderätter till sändningskapacitet via nya nationella multiplexrar med DVB-T2-teknik på grundval av de kriterier för tilldelning av nyttjanderätter till frekvenser som AGCOM ska ha fastställt senast den 31 mars 2019. AGCOM ska senast den 31 mars 2019 fastställa kriterierna för att på nationellt plan tilldela nationella nätoperatörer de i enlighet med punkt 1030 planerade nyttjanderätterna till frekvenser för digital markbunden tv. Detta ska ske med beaktande av behovet av att hålla nere eventuella kostnader för ombyggnad och anläggning av näten, minska tidsåtgången under övergångsperioden i punkt 1032 samt minimera kostnaderna och verkningarna för slutanvändarna. Senast den 30 juni 2019 ska ministeriet för ekonomisk utveckling tilldela nyttjanderätterna till de frekvenser som avses i tredje meningen till de nationella nätoperatörerna på grundval av de kriterier som AGCOM kommer att fastställa i enlighet med tredje meningen. AGCOM ska fastställa de kostnadsbaserade ekonomiska regler och villkor enligt vilka koncessionshavaren för public service i multiplexen med regional

information har skyldighet att under övergångsperioden överlåta en andel av den tilldelade sändningskapaciteten, och under alla omständigheter minst ett program, till varje person som lagligen är verksam på det lokala planet och som har tilldelats nyttjanderätter till kanalerna CH 51 och 53 det datum då denna bestämmelse träder i kraft, och som frigör de respektive nyttjanderätterna under övergångsperioden enligt punkt 1032.”

Punkt 1031-bis: ”Tilldelningen av den ytterligare sändningskapacitet som är tillgänglig på nationellt plan och av de markbundna frekvenserna utöver dem som är avsedda för omvandling av nyttjanderätterna som avses i punkt 1031 och ingår i AGCOM:s plan för frekvensallokering, och som är avsedda för digital markbunden tv för nationella nätoperatörer och koncessionshavaren för public service för radio-, tv- och multimedietjänster, ska ske genom ett förfarande för tilldelning mot vederlag utan förnyad inbjudan att lämna anbud, som ministeriet för ekonomisk utveckling ska inleda senast den 30 november 2019 för genomförande av de förfaranden som AGCOM ska ha fastställt senast den 30 september 2019 i enlighet med artikel 29 i kodexen om elektronisk kommunikation i lagstiftningsdekret nr 259 av den 1 augusti 2003, på grundval av följande principer och kriterier: a) Sändningskapacitet och frekvenser ska tilldelas på grundval av delkontrakt av en storlek som motsvarar hälften av en multiplex. b) Det ska fastställas ett minimivärde på anbuden på grundval av de marknadsvärden som AGCOM har identifierat. c) Värdet på de lämnade ekonomiska anbuden ska beaktas. d) Det ska säkerställas kontinuitet i tjänsterna, snabb teknikövergång och kvalitet på den tekniska infrastruktur som görs tillgänglig av de nationella nätoperatörerna inom sektorn, däribland koncessionshavaren för public service för radio-, tv- och multimedietjänster. e) Det ska tas tillvara på den erfarenhet som de nationella nätoperatörerna inom sektorn besitter, i synnerhet vad gäller anläggning av nät för digital radio. f) Det ska tas tillvara på den strukturella kapaciteten att säkerställa spektral effektivitet, den professionalism och den kompetens som finns inom sektorn, den teknologiska innovationen och det optimala, effektiva och punktliga nyttjandet av sändningskapaciteten och av de resterande frekvenserna. g) Det ska säkerställas den bästa exploateringen av spektrumet, genom att beakta den nuvarande spridningen av innehåll av hög kvalitet via digital markbunden tv-teknik till så stor del av den italienska befolkningen som möjligt. Ekonomi- och finansministern ges behörighet att genom egna dekret ta de intäkter som betalas in till det särskilda kapitlet inom statsbudgeten och omfördela dem till särskilda utgiftskapitel i budgeten för ministeriet för ekonomisk utveckling. Nämnade intäkter ska då användas för åtgärder som syftar till att uppmuntra till köp av de apparater för tv-mottagning som avses i punkt 1039 c, med beaktande av principen om teknikneutralitet, och att uppmuntra till att prova nya tv-tekniker, enligt de regler och förfaranden för utbetalning som fastställs genom dekret från ministern för ekonomisk utveckling i samråd med ekonomi- och finansministern.”

Punkt 1031-ter: ”Giltigheten för nyttjanderätter till frekvenser från omvandlingen i punkt 1031 och från tilldelningen genom förfarandet i punkt 1031-bis ska fastställas i överensstämmelse med kodexen om elektronisk kommunikation i lagstiftningsdekret nr 259 av den 1 augusti 2003.”

Punkt 1032: ”Senast den 30 juni 2018 ska ministern för ekonomisk utveckling, genom dekret och efter offentligt samråd, fastställa den nationella tidsplanen med fristerna i färdplanen för genomförande av målen i beslut (EU) 2017/899 av den 17 maj 2017 som anges i punkt 1026, med beaktande av behovet att fastställa en övergångsperiod från den 1 januari 2020 till den 30 juni 2022 i syfte att säkerställa dels att alla nätoperatörer som innehar de aktuella nyttjanderätterna på nationellt och lokalt plan frigör sina frekvenser, dels att koncessionshavaren för public service för radio-, tv- och multimedietjänster omstrukturerar multiplexen med regional information, i enlighet med följande kriterier: a) De geografiska områden som det nationella territoriet delas in i för tilldelning av frekvenser ska identifieras även i syfte att förhindra eller minska störning för radioelektriskt närliggande länder som börjar använda frekvensbandet 700 MHz för mobiltjänster vid en tidigare tidpunkt än Italien. b) De nätoperatörer som innehar nyttjanderätter på lokalt plan ska inom fristen som anges i led f frigöra alla frekvenser som de använder det datum då denna lag träder i kraft, samtidigt som de frekvenser ska aktiveras som enligt planen för frekvensallokering är avsedda för sändningar på lokalt plan. c) Koncessionshavaren för public service för radio-, tv- och multimedietjänster ska inom fristen som anges i led f frigöra de frekvenser som public service-multiplexen med regional information använder det datum då denna bestämmelse träder i kraft, samtidigt som de frekvenser ska aktiveras som enligt planen för frekvensallokering är avsedda för upprättande av den nya multiplexen med uppdelning efter makroområden. d) De nationella operatörerna ska inom fristen som anges i led f frigöra de frekvenser inom frekvensbandet 702–734 MHz vilka motsvarar kanalerna 50–53, samtidigt som de tillgängliga frekvenser ska aktiveras som ska fastställas med beaktande av behovet att minska olägenheterna för användarna och att säkerställa fortsatt affärsverksamhet. De nätoperatörer som innehar nyttjanderätter på lokalt plan ska inom fristen som anges i led f frigöra de frekvenser vilka motsvarar kanalerna CH 51 och 53 för ytterligare geografiska områden som identifieras i enlighet med led a, och under alla omständigheter inom övergångsperioden från den 1 januari 2020 till den 31 december 2021. e) De resterande frekvenserna ska frigöras och de frekvenser ska aktiveras som framgår av planen för frekvensallokering och omfattas av resterande nyttjanderätter på nationellt plan. f) Fristerna ska fastställas, under alla omständigheter inom övergångsperioden från den 1 januari 2020 till den 31 december 2021, dels för sekvensen för att frigöra och samtidigt aktivera frekvenserna på grundval av de fastställda kriterierna och för de nationella operatörer som innehar nyttjanderätter till kanalerna CH 50 och 52 i led d som ska upprättas för ytterligare geografiska områden som identifieras i enlighet med led a, dels för sekvensen för att frigöra frekvenserna på grundval av de fastställda kriterierna och för de lokala operatörer som innehar nyttjanderätter till kanalerna CH 51 och 53 i led d som ska upprättas för ytterligare geografiska områden som identifieras i enlighet med led a, och under alla omständigheter under övergångsperioden från den 1 januari 2020 till den 31 december 2021. Likaså ska fristerna fastställas för att frigöra de resterande frekvenserna och aktivera de frekvenser som framgår av planen för frekvensallokering och omfattas av

resterande nyttjanderätter i leden b, c och e. Ministern för ekonomisk utveckling ska uppdatera dekretet i föregående mening senast den 15 april 2019.”

Punkt 1037: ”Rättsliga förfaranden om tilldelning av nyttjanderätter till frekvenser, urvalsförfarandet och de övriga förfarandena i punkterna 1026–1036, närmare bestämt förfarandena för att frigöra frekvenser för digital markbunden tv, ska omfattas av förvaltningsdomstolarnas exklusiva behörighet och falla under TAR del Lazios funktionella behörighet. Mot bakgrund av att det finns ett överordnat nationellt intresse av att snabbt frigöra och tilldela frekvenserna ska ogiltigförklaring av lagstiftningsakter och beslut som fattas inom ramen för förfarandena i punkterna 1026–1036 inte medföra gottgörelse eller fullgörande in natura, med den följd att eventuell skada endast ska ersättas ekonomiskt med ett värde som motsvarar den lidna skadan. Det rättsliga skyddet är begränsat till förskottsbetalning.”

De tre beslut från AGCOM som nämns i den tredje och den fjärde tolkningsfrågan består till sitt innehåll i allt väsentligt av en ny formulering – i överensstämmelse med de på detaljnivå identifierade tekniska uppgifterna – av den nationella lagstiftarens riktlinjer i de ovannämnda punkterna i 2018 års finanslag.

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Förevarande mål utgör det senaste kapitlet i ett fall som började före år 2000 och har involverat operatörer vilka, i likhet med Cairo Network, har försökt starta en analog tv-tjänst på nationellt plan utan att lyckas på grund av ett oöverkomligt hinder i ett problematiskt sammanhang, vilket Corte costituzionale har kvalificerat som ”ett rent besittningstagande av frekvenserna (anläggningar utan utfärdade medgivanden eller bemyndiganden), som inte har något samband med ökningen av pluralism vid distributionen av frekvenserna och av den effektiva regleringen av etern. Detta besittningstagande har dessutom vid flera tillfällen [och] under långa tidsperioder legitimerats ex post och avhjälppts för att enskilda privata sändningsföretag ska kunna fortsätta sin verksamhet”.
- 2 Corte costituzionale har uttalat sig flera gånger om fallet och påpekat att en rad bestämmelser som de facto hindrade genomförandet av principen om pluralism inom information stred mot konstitutionen. Lagstiftaren har således varje gång tvingats ändra den befintliga lagstiftningen, vars snedvridande verkningar emellertid varje gång har förlängts under en övergångsperiod, dock utan att möjliggöra ett slutgiltigt avgörande härom.
- 3 Denna onormala situation har även fortsatt i samband med omvandlingen från analoga sändningar till digitala sändningar, eftersom den italienska lagstiftaren vid regleringen av denna övergång just har grundat sig på det sammanhang vars brister ännu inte har eliminerats, såsom både Corte costituzionale och EU-domstolen har konstaterat (se EU-domstolens tre ovannämnda domar).

- 4 I en situation som således ännu var kännetecknad av oegentligheter blev 2018 års finanslag antagen, vilken bland de många åtgärderna syftade till dels att tilldela frekvenserna i frekvensbandet 700 MHz (694–790 MHz) till markbundna system som kan tillhandahålla trådlösa bredbandstjänster, dels att upprätta en ny struktur för radio- och tv-systemet på en digital markbunden plattform (nationellt och lokalt) med avseende på de frekvenser som förblev tillgängliga för sändningstjänsten (174–230 MHz och 470–694 MHz).
- 5 De aktuella besluten antogs av de nationella myndigheterna, vilka gav AGCOM befogenhet att anta den nya nationella planen för frekvensallokering och att fastställa kriterierna för att omvandla nyttjanderätter till frekvenser som nationella nätoperatörer redan innehade till nyttjanderätter till sändningskapacitet och således garantera omvandlingen från nationella multiplexrar med DVB-T-teknik till nya nationella multiplexrar med DVB-T2-teknik. Lagstiftningen gav dessutom Ministero delle Imprese e del Made in Italy (ministeriet för företagande och Made in Italy) befogenhet att fastställa tidsplanen för genomförande av beslut (EU) 2017/899 och uppdraget att inleda ett förfarande för tilldelning mot vederlag utan förnyad inbjudan att lämna anbud för tilldelning av resterande sändningskapacitet. AGCOM utarbetade med stöd av dessa bestämmelser den nationella planen för frekvensallokering för år 2019 (godkänd genom AGCOM:s beslut nr 39/19/CONS), vilken omfattade sammanlagt 12 nya nationella DVB-T2-frekvenser, och fastställde konfigurationsparametrarna för omvandling/direkt tilldelning av endast 10 DVB-T2-multiplexrar, vilka ersatte de 20 nationella DVB-T-näten.
- 6 Den hänskjutande domstolen understryker att utarbetandet av den därav följande nationella planen för frekvensallokering stötte på betydande svårigheter i samband med fastställandet av omvandlingsfaktorn för reglering av övergången från operatörernas tidigare sändningskapaciteter till de nya. AGCOM försökte visserligen undvika en alltför stor splittring av marknaden, men hade ingen möjlighet att fastställa denna faktor enbart baserat på tekniska skäl, eftersom myndigheten i så fall inte hade kunnat göra det frekvenspaket ("digital utdelning") tillgängligt för lagstiftaren som skulle tilldelas genom ett förfarande för tilldelning mot vederlag och som fastställdes uttryckligen i 2018 års finanslag.
- 7 Den plan som utarbetades under dessa omständigheter omfattar således en rad kritiska aspekter som ligger till grund för tolkningsfrågorna i förevarande mål. Den nya lagstiftningen tar nämligen ingen hänsyn till de oegentligheter som redan har konstaterats av de nationella domstolarna och EU-domstolen och tycks inte avhjälpa dessa onormala förhållanden strukturellt sett. Först och främst tar den nya lagstiftningen ingen särskild hänsyn till operatörer som redan har förvärvat en frekvens mot vederlag och räknar med rätten att få behålla den. Vidare utesluts omvandlingsförfaranden utan vederlag och i stället föreskrivs ett förfarande för tilldelning mot vederlag, med den följderna att den berörda operatören påförs ytterligare kostnader för de rättigheter som redan har förvärvats. Denna nya lagstiftning tycks dessutom i alltför stor utsträckning begränsa utrymmet för skönmässig bedömning för den myndighet som har i uppgift att förvalta radio-

och tv-systemet, vilken i stället borde agera fullständigt oavhängigt. Avslutningsvis innehåller den nya lagstiftningen undantagsbestämmelser som begränsar vilka verkningar en eventuell talan om ogiltigförklaring får i form av skadeersättning.

Parternas huvudargument

- 8 Den hänskjutande domstolen fokuserar enbart på de invändningar som har framställts av Cairo Network, som anser att den offentliga myndighetens åtgärder i samband med förfarandet för omfördelning av frekvenser är rättsstridiga av följande skäl: De har inte garanterat omvandlingen av de rättigheter som Cairo Network redan hade förvärvat, vilket har medfört ett åsidosättande av principen om likabehandling. De har kränkt Cairo Networks berättigade förväntningar vad gäller den tidigare tilldelningen av rättigheter. De har gått emot bestämmelserna i ett tidigare beslut från år 2013, genom vilket det hade inletts ett förfarande för tilldelning av en tjugouårig nyttjanderätt. De har medfört ett åsidosättande av de konstitutionella och unionsrättsliga principerna om de oberoende förvaltningsmyndigheternas självständighet och oberoende, eftersom lag nr 205/2017 har påverkat fastställandet av de kriterier som endast AGCOM borde ha fastställt. De har vidare medfört ett åsidosättande av, för det första, artikel 4 FEU, eftersom de strider mot de principer som Europeiska kommissionen slog fast i det fördragsbrottsförfarande som hade inletts mot Republiken Italien på grund av att tv-systemet stred mot unionsrätten, för det andra, den unionsrättsliga principen om den mest effektiva tv-spektrumanvändningen, för det tredje, rätten till ny förhandling av villkoren för tilldelning och för det fjärde, de unionsrättsliga principerna om fri konkurrens och likabehandling.
- 9 Cairo Network har ingående kritiserat de tekniska aspekterna av det förfarande för omfördelning av frekvenser som har fastställts genom den nationella planen för frekvensallokering. Cairo Network har anfört följande påstådda rättsstridiga omständigheter: Planen omfattar 10 nationella multiplexrar (i UHF-bandet) och fyra lokala multiplexrar (i UHF-bandet) för digital markbunden tv samt en multiplex med regional information i VHF-bandet, vilket innebär en halvering av antalet nationella multiplexrar från 20 till nuvarande 10. Planen strider därför mot principen om den mest effektiva tv-spektrumanvändningen. Det finns ingen skyldighet att reservera nät till lokala sändningsföretag. Den tekniska bedömningen är felaktig.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 10 Vad gäller **den första tolkningsfrågan** hyser den hänskjutande domstolen tvivel om att lagstiftarens val genom artikel 1.1037 i 2018 års finanslag uppfyller principen om ett effektivt rättsligt skydd som varje unionsmedborgare ska garanteras i enlighet med artikel 47 i stadgan. Genom att utesluta varje form av gottgörelse eller fullgörande in natura som eventuell skadeersättning till den berörda operatören (i motsats till det som normalt föreskrivs i codice civile och

codice del processo amministrativo, se ovan) och genom att begränsa denna skadeersättning till en ekonomisk ersättning har lagstiftaren utformat ett skydd som inte lämpar sig för att ersätta den ekonomiska operatören för den lidna skadan på grund av rättsstridiga beslut. Den tillgång som operatören strävar efter består nämligen i tilldelning av nyttjanderätter till frekvenser, vilket kräver att det används betydande ekonomiska resurser och upprättas komplexa verksamhetsstrukturer med särskilda tekniska instrument. Den hänskjutande domstolen tvivlar på att den lidna skadan till följd av de rättsstridigt införda hindren mot att dra nytta av resultaten av ett sådant åtagande kan avhjälpas genom en ekonomisk ersättning som motsvarar den lidna skadan. Den gällande lagstiftningen bortser vidare från den omständigheten att dessa verksamheter utöver operatörens intresse omfattar allmänintresset, eftersom de garanterar både social sammanhållning och en höjd kulturnivå i samhället. Enligt den nationella domstolens uppfattning är det orimligt att motivera detta val att införa regler om undantag med att det finns ”ett överordnat nationellt intresse av att snabbt frigöra och tilldela frekvenserna”, på det sätt som är fastställt i den aktuella nationella lagstiftningen.

- 11 Vad beträffar **den andra tolkningsfrågan** åberopar Consiglio di Stato de förklaringar som AGCOM specifikt har ombetts inkomma med för att motivera sitt val av de kriterier enligt vilka nyttjanderätter till de gamla frekvenserna ska omvandlas till nyttjanderätter till de nya frekvenserna. Dessa förklaringar bekräftar å ena sidan den ostridiga omständigheten att de nödvändiga tekniska lösningarna kännetecknades av stor komplexitet. Å andra sidan betonar dessa förklaringar det avgörande inflytande som lagstiftarens politiska linje har haft i detta sammanhang, närmare bestämt genom artikel 1.1031 och 1.1031-bis i 2018 års finanslag (nämnd ovan). Den hänskjutande domstolen tvivlar på att det mycket detaljerade innehållet i dessa bestämmelser i allt väsentligt respekterar AGCOM:s grundläggande befogenheter. I sin egenskap av nationell regleringsmyndighet och mot bakgrund av unionsrätten (se, bland annat, ramdirektivet och den europeiska kodexen för elektronisk kommunikation, nämnda ovan) ska AGCOM alltid ges omfattande självständighet och oberoende i förhållande till den lagstiftande makten för att kunna bidra till att faktiskt uppnå ”ekonomisk demokrati”, vilket är ett krav för att alla operatörer ska kunna konkurrera på en fri marknad på lika villkor. Den hänskjutande domstolen hyser oro för att AGCOM:s utrymme för skönsmässig bedömning har begränsats rättsstridigt till följd av att de gällande bestämmelserna i sig fastställer både storleken på de delkontrakt som ska tilldelas och de närmare reglerna för genomförande av tilldelningsförfarandet.
- 12 Vad gäller **den tredje tolkningsfrågan** påpekar den hänskjutande domstolen att lagstiftarens politiska val som har formulerats genom bestämmelserna i 2018 års finanslag i dess nya lydelse (se ovan, närmare bestämt artikel 1.1031-bis) – eftersom AGCOM har ålagts att omorganisera planen för frekvensallokering för att tidigare tilldelade koncessioner inte ska bli föremål för total omvandling, men en stor andel av dessa har reserverats för tilldelning genom ett ”förfarande för tilldelning mot vederlag utan förnyad inbjudan att lämna anbud” – har medfört att en person som redan innehar frekvenser för digital markbunden sändning, och

som redan tidigare har betalat ansevärliga belopp för att tilldelas dem, utsätts för en inskränkning av sina tidigare rättigheter och tvingas att betala ytterligare belopp enbart för att få behålla samma sändningskapacitet som förut. Enligt Consiglio di Stato är detta varken förenligt med unionsrätten på området (närmare bestämt de motsvarande bestämmelserna i ramdirektivet och i auktorisationsdirektivet) eller med principerna om likabehandling, förbud mot diskriminering, fri konkurrens och skydd för berättigade förväntningar. När AGCOM har ombetts att uttrycka sin ståndpunkt i ämnet har myndigheten påpekat för den hänskjutande domstolen att ”det utrymme för skönsmässig teknisk bedömning som utövas [av AGCOM, genom de i den tredje tolkningsfrågan nämnda besluten] i samband med fastställande av omvandlingsfaktorn mellan [gamla och nya] digitala nät ofrånkomligen [har blivit] påverkat och villkorat av bestämmelserna i 2018 års finanslag”.

- 13 Vad beträffar **den fjärde tolkningsfrågan** beskriver den hänskjutande domstolen de komplicerade frågeställningar som aldrig har fått något tydligt svar, vilka har kännetecknat hur regleringen av marknaden för frekvenser för tv-sändning i Italien har utvecklats under de senaste årtiondena (se, för mer detaljer, ovannämnda tre domar i mål C-380/05, i mål C-560/15 och i mål C-112/16). Både de nationella domstolarna och EU-domstolen har upprepade gånger inskräpnt den italienska regeringens skyldighet att reglera denna marknad under iakttagande av objektiva, transparenta och icke-diskriminerande kriterier, men den italienska regeringen har aldrig helt lyckats avhjälpa samtliga oegentligheter som är resultatet av tidigare politiska val. Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning har lagstiftaren inte heller utnyttjat den möjlighet att göra detta som uppstod till följd av behovet av att omorganisera denna marknad för att genomföra omvandlingen från de gamla till de nya sändningsteknikerna. Den hänskjutande domstolen anser således sammanfattningsvis att artikel 1.1031-bis i 2018 års finanslag, och de därav följande valen av AGCOM, har medfört en ofullständig omvandling av tidigare rättigheter i syfte att upprätta ett paket med frekvenser vilket skulle tilldelas genom ett förfarande för tilldelning mot vederlag. Även en operatör som innehade nyttjanderätter till frekvenser har varit tvungen att genomgå ett förfarande för omvandling/tilldelning som i praktiken har inskränkt de tidigare uppnådda rättigheterna. Vidare har enbart förfarandet för tilldelning mot vederlag använt som en åtgärd för att åter hitta rätt balans mellan de olika marknadspositionerna. Därtill ska det beaktas att de antagna asymmetriska bestämmelserna har påfört operatörer som inte är lika etablerade på marknaden ytterligare kostnader för att uppnå det minsta som krävs för att få behålla sina tidigare marknadspositioner.
- 14 Vad gäller **den femte tolkningsfrågan** redogör Consiglio di Stato först och främst för förfarandet för tilldelning mot vederlag, genom vilket Cairo Network år 2014 lagenligt förvärvade nyttjanderätten till en multiplex med två kanaler, vilken i samband med förfarandet för omfördelning av frekvenser rättsstridigt reducerades till en enda kanal. Enligt den hänskjutande domstolens uppfattning innebär detta en oerättigad inskränkning av Cairo Networks berättigade förväntningar, vilka det ska tas särskild hänsyn till, eftersom de grundar sig på ett uttryckligt offentligt

uttalande om att den tilldelade frekvensen skulle ersättas med en annan motsvarande. Cairo Network erhöll multiplexen i samband med ett förfarande för tilldelning mot vederlag och således på ett helt annat sätt än andra operatörer. Cairo Network ådrog sig under alla omständigheter kostnader och affärsrisker för att uppnå nyttjanderätten samt för upprättandet och den tekniska förvaltningen av multiplexen och nätet. Cairo Network borde betraktas som en ny marknadsoperatör som från och med juli 2014 började upprätta ett tv-nät av hög kvalitet över hela landet och byggde 820 sändningsanläggningar som stod klara under de första månaderna år 2017. Cairo Network har således gjort avsevärda investeringar för att komma in på en marknad som i årtionden har dominerats av mycket starkare operatörer, vilka redan har befäst sina marknadspositioner under förhållanden med bristande insyn, såsom redan har påpekats (se punkt 1 ovan).

ARBETSDOKUMENT